Sobre si se a de responder en lo prin
cipal sin enbargo de la dha ex
cepcion opuesta de transaccion
y sobre recibirse a prueba so
bre la dha excepcion.



POR EL SEÑOR DON LVYS DE TAPIA

Paredes y Corajo, Alcalde de la Casa y Corte de su Magestad.

EN EL PLEYTO

Con doña Maria de Tapia, vezina de la ciudad de Truxillo, señora de las villas de Plasençuela, Guijo, y Aguililla.

Impresso en Granada, en la Imprenta de la Real Chancilleria, por Francisco Heylan. Año de 1625.

1 Ste pleyto eſtà viſto en remiſsion, ſobre el articulo, ſi doña Maria ha de reſponder derechamente a la demãda del ſeñor dõ Luys, ſin embargo de la dilatoria vltima que ha opueſto de la tranſaccion, o ſi ſe ha de recibir a prueua ſobre la miſma dilatoria, como pretende antes de conteſtar la demanda ſobre lo principal.

2 ¶ Y para que ſe le mande reſponder derechamente ay muchos, y muy preciſos fundamentos.

3 ¶ El primero, que auiendoſele notificado a doña Maria de Tapia el emplaçamiento, inſerta la demanda, el procurador del ſeñor don Luys ſe afirmò en la Chancilleria, en quinze de Nouiembre del año paſſado de 624. por peticion, que eſtà en el rollo, fol. 16. Y en el miſmo dia la parte de doña Maria de Tapia opuſo la declinatoria, pretendiendo, que no tenia obligacion a reſponder en eſta Corte: porque ſiendo rea, y vezina de Truxillo, no auia de ſer deſaforada, rollo fol. 17. a eſta declinatoria ſe replicò por el ſeñor don Luys, que ſiendo la dicha doña Maria ſeñora de vaſſallos, aunq̃ no viua en ſus lugares, ay contra ella caſo de Corte demas del priuilegio que los Alcaldes de Caſa y Corte tienẽ por leyes del Reyno, de traer ſus pleytos a la Corte, por nueua demanda, contra qualeſquiera perſonas: y por autos de viſta, y reuiſta ſe vencio eſta declinatoria, y ſe mandò, q̃ doña Maria reſponda derechamẽte, rollo fol. 25. & fol. 28.

4 ¶ Y deſpues en diez y ocho de Março, rollo fol. 31. boluio a oponer ſegunda dilatoria, pretendiendo, que no ha de reſponder a la demanda, por que ſobre el derecho de la ſuceſsion que en ella ſe deduze, tiene hecha tranſaccion con el ſeñor don Luys, con que dize, que eſtà eſte pleyto acabado. Por el ſeñor don Luys ſe replicò, que eſta dilatoria ſe opuſo fuera de tiẽpo, quatro meſes deſpues de la afirmatiua, y aſsi no ſe deue admitir para impedir el ingreſſo del pleyto.

Eſta

5 ¶ Esta replica tiene fundamento expresso en la *l.1.tit.5.lib.4.recop.* donde se dà termino precisso de solos 9. dias, para q̃ el reo pueda poner sus dilatorias, desde el dia vltimo del emplaçamiento, que el estilo de la Chancilleria tiene interpretado, que sea el dia en que el actor haze su afirmatiua, y passados los dichos nueue dias, la ley prohibe, que al reo no se le de mas termino; y aunque aquella ley habla en la declinatoria, su decision es general para todas, y qualesquiera dilatorias: y el especificar la declinetaria fue por exemplo, que no restringe la regla, *ex l.damni infecti 30.in fine, ff.de damn. infecto, l.1.§.quod vulgo, ff. de vi & vi armata*: demas de que en apelacion de declinatoria, vienen todas las demas declinatorias: maximè, aquellas cõ que se declina el juyzio, como son las excepciones *litis finitæ*: nempè *transactionis, iuris iurandi re iudicatæ*, vt obseruat Maranta *de ordine iudisiorum, 6.p. memb.9 sub rubr. de except.n.12.& 13.* Ioann. Bapt. Caccialup. *in tract. de transact. quæst.18.num.1.& 2.* vbi exceptionem transactionis, ad impediendum processum oppositam appellat declinatoriã, *tom. 6.tractatuum nouiorum, 1.part.fol.36. optimè* Rebuff. *in tractat. de except.nu.240.& 241.* Mayormente estando aquella ley debaxo del titulo de las excepciones dilatorias, y peremptorias; y no auiendo otra que trate de las dilatorias, es forçoso que aquella sea la regla, para todas las excepciones de aquella especie, porque de otra manera no conuendria con el general assumpto de la rubrica, cum l. specialis à rubrica generali extensiuam interpretationem recipiat, *vt est gloss.1.in fine in l.vnica, C. de capitation.ciui.censib.eximenda, lib.11. tradunt*, ibi Ioann. de Platea, *num.1.ad finem*, Iacob. Rebuff. *n 1.* ibi: *Et nota ex glossa hic posita, quod quando rubrica est generalis, l.ex etiam debet intelligi generaliter*, optimè Alexand. *cons.1.n.7.lib.4.* Nicol. Euerard. *in locis legalibus, loco.92.à Rubro prope finem, vers Quid autem*

èconi-

ècontrà; y asi los practicos del Reyno entienden generalmente aquella ley, de todas y qualesquiera dilatorias, vt colligitur ex Ioann. Gutierr. *lib.1. practicar.ciuil.q.53.n.1.ad finem, & in tractat. de iurament.confirmat.1.p.cap.23.num.15.*Olanus, *in antinom.iur.partit.littera E. num.12.in fine,* ibi: *Declinatoria, & qualibet alia dilatoria,* Gonçal.de Paz *in praxi, 1.tom.1.part.5.temp.num.14.* ibi: *Omnesque exceptiones dilatoriæ, opponendæ sunt ante litis contestationem, iuxta text.in cap. inter monasterium, de re iudicata, &c. iuncto, num.16.* ibi: *Iureque Regio sunt opponendæ intra nouem dies connumerandos à fine vltimi termini assignati in citatione ad comparendum, intra quem reus tenetur illas probare, iuxta text.in d.l.1.tit.5.lib.4.recopil.* Azeued. *in d.l.1. verbo, nueue dias, num.15. & melius, nu. 33. ad medium,* ibi: *Et quamuis ipsemet,* Greg. Lup. *in l.11.tit.3.part.3. aliud vellit dum specialitatẽ in hac exceptione, in competentiæ iurisdictionis inducere vult, quasi aliud esset in alia exceptione impediente litis ingressum, sed fallitur, nam in quacumque lex nostra loquitur, & procedit indistinctè, &c.* Y es excelente lugar el de Gutierrez, *dict.quæst.53.num.1.* donde resuelue, que passados los nueue dias, no se puede admitir dilatoria alguna, aunque sea con juramento, que nueuamente ha venido a noticia del reo, y que si se admite, no ha de ser in vim dilatoriæ ad impediendũ litis ingressum, sino in vim peremptoriæ ad merita causæ principalis, ibi: *Sed cõtrarium verius videtur, vt quamuis exceptio dilatoria cum prædicto iuramento admittenda sit post dictos nouem dies, id procedat, tanquã peremptoria, non vero tanquam dilatoria, nec in vim eius, vt impediat litis progressum, quia terminus viginti dierum nostræ legis primæ ad proponendas exceptiones peremptorias tantum, statutum est in lege non vero dilatorias. Secundo, quia post limitationem termini nouem dierum, ad proponendas exceptiones dilatorias addit eadem l.* Y no le sea dado mas termino, ita in terminis tenet Olanus *in epilogo legum partit. correct. nu. 19. &c.*

Que

Que ſon doctrinas indiuiduales (vltra de la deciſion expreſſa de la ley del Reyno) para que la excepcion de la tranſaccion, opueſta por doña Maria, no ſe le aya de admitir, in vim dilatoriæ, para impedir el ingreſſo del pleyto, ſino in vim peremptoriæ ad merita cauſæ, ſupueſto, que la opuſo deſpues de la afirmatiua, hecha por parte del ſeñor don Luys, y deſpues de opueſta, y vencida la declinatoria, vt aduertimus *ſupra num.* 3. *&* 4.

6 ¶ Lo ſegundo, quando la huuiera opueſto dentro de los nueue dias de la ley, no deue impedir el ingreſſo del pleyto; y ſin embargo della ſe le ha de mandar a doña Maria, que reſponda derechamente a la demanda de ſu tio, *ex expreſſo text. in l.* 10. *tit.* 3. *part.* 3. ibi: *E por en le dezimos, que por tales defenſiones como eſtas, o otras ſemejantes dellas, que los demandados puſieſſen ante ſi para embargar la reſpueſta, que non ſe deue el juzgador detenerſe por ellas de yr adelante por el pleyto principal, ante dezimos, que deue cõſtreñir al demandado, que llanamente reſponda, ſi, o no, a la demanda que le hazen.* Y aunque por la *l.* 5. *tit.* 10. *p.* 3. ſe diſpone derechamente lo contrario, ſcilicet; que oponiendoſe por el reo alguna excepcion dilatoria ad impediendum litis ingreſſum, ſe deue conocer, y determinar ſobre ella primero, que ſobre la cauſa principal: ya oy por ley nueua de la recopilacion eſtà quitado el encuentro deſtas dos leyes, *ex l.* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. en que ſe manda expreſſamente, que dentro de los nueue dias, que ſe dan para oponer las dilatorias, tenga obligacion el reo a conteſtar la demanda, ibi: *Y que en eſte miſmo termino ſe ha obligado a conteſtar la demanda pueſta a el, o a ſu procurador.* Por manera, que de la dilatoria, y de la cauſa principal ſe conozca, y determine juntamente en ſimultaneo proceſſo, vt ex illo text. obſeruat poſt Gregor. Lop. & Villalob. Azeued. ibidem *nu.* 33. ibi: *Hodie tamen ex text. noſtro non impeditur proceſſus, quin debeat vlterius, & ſuper principali, in ſimul cũ*

decli-

declinatoria, & sic cum exceptione impediente litis ingressum, procedi, immo, & procedendum est, prout ex text. nostri clarissimis verbis probatur, ne sit causa si aliud fieret lites differendi: fortasis enim si declinatoria, vel exceptio alia litis ingressum aliàs impediens non probaretur, neque locum haberet, esset necesse de nouo super principali procedere, quod non est admittendum cum ex text. nostro in simul cum ea de negotio principali agendum est, & ita per text. nostrum asserit, glossa magna in medio, l. 3. tit. 10. part. 3. & gloss. 1. in l. 5. infra, eodem tit. part. 3. per text. etiam expressum in l. 10. tit. 3. part. 3. & ibi glossa, per quem tenet ita Villalobos in sua antinom. iur. ciuil. & Regij, littera E, num. 10. & ita videmus fieri, & practicari, &c.

7 ¶ Y quando contra la expressa decision de la *l. 1. tit. 5. lib. 4. recopil.* se huuiesse de seguir la doctrina ordinaria, y recibida del derecho comun, cō que Gregor. Lopez *in d. l. 5. tit. 10. part. 3. gloss. 1. ad finem*, concuerda el encuentro de aquellas dos leyes, scilicet, que quando la dilatoria se puede prouar luego incontinenti, impida la litis contestacion, y el ingresso del pleyto: secus vero quando requirit altiorem indaginem, tunc enim reseruari debeat ad merita causæ principalis, vt voluit Molina *lib. 4. cap. 9. num. 40* & 41. Esto no se ha de entender como el Abogado contrario quiere, admitiendolo a prouar por testigos, sino constando de la excepcion por prouança instrumental, ex traditis per Felinum *in cap. exceptionem, 12. num. 34. de exception.* Ioseph SeSe *in tractat. de inhibitione, cap. 5. num. 16. & 17* Nicol. Boer. *decis. 344. nu. 2 fol. 419. in paruis*, ibi: *Et hoc quando incontinenti ex productis de eadem (scilicet) exceptione apparebat, secus si requireret altiorem indaginem, quia tunc debet postea reseruari per text. in d. l. emptor, & ibi Aluer. de Rosate, &c.* Y por la prouança que resulta de los instrumentos que estan presentados en el pleyto, euidentemēte se excluye la excepcion de la transaccion opuesta por

doña

doña Maria, no solo para que no impida el ingresso del pleyto, in vim dilatoriȩ, sed etiam, para que in vim peremptoriæ, no pueda elidir el intento de la demanda, porque por la segunda transaccion, presentada por el señor don Luys, ambas partes se apartarõ de la primera trãsacciõ, como si por ellos no se huuiera otorgado, y el señor D. Luys le quedò libertad para litigar la sucession destos mayorazgos.

8 ¶ Y aunque contra esta segunda transaccion doña Maria alega nulidad, ex capite, *metus*, & ex capite, *enormissimæ lesionis*, para efecto de sustentar la primera transaccion, en que consiste la fuerça de su dilatoria: como aquellas son alegaciones, que necessariamente requieren conocimiento ordinario, no deuen admitirse, ni para impugnar la escritura de la segunda transaccion, en que nos quedò reseruada la libertad para litigar, ni para ayudar la escritura de la primera transaccion, que ya por si sola no es bastante a impedir el ingresso del pleyto. Quia in summarijs iudicijs, vbi exceptiones altioris indaginis reijciuntur, nõ debet, quis admitti ad impugnandam scripturam, ex testium probationibus, ad tradita per Capicium, *decis. Neapol.* 55. vbi sic in illo Senato iudicatum testatur, & eum sequitur Menoch. *de retinend. remed. vltim. nu.* 43. Domin. Couarrub. *practicar. q.* 17. *n.* 4. *vers.* 9.

9 ¶ Y por lo menos, quando se le huuiera de admitir prouança de testigos, no auia de ser como el Abogado contrario quiere, dandole quarenta dias de termino, sino solos los nueue q̃ le da la ley *d. l.* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *recopil.* ibi: *Que la ponga, y prueue dentro de nueue dias contados, desde el fin del termino de la carta de emplaçamiento, &c.* Et ibi: *Y no le sea dado mas termino.* Por manera, que aunque de derecho comun, este termino fue arbitrario, y lo assignaua el juez, vt ex expresso, *text. in cap. pastoralis,* 4. *de exception.* & ex Bart. *in l.* 2. *num.* 4. Ias. *num.* 23. *ff. de re*

indic.

iudic. obſeruat practicus Paz *in ſua praxi, 1. tom. 5. tempore, numer. 17. & 18.* Ya oy es termino preciſo legal de ſolos nueue dias peremptorios, deſde el vltimo dia del emplaçamiento, *vt ex d. l. 1. pragmatici noſtri tradunt*, veluti Paz, vbi proximè, *num. 16.* ibi: *Iure Regio ſunt opponendæ intra nouem dies connumerandos, à die vltimi termini aſsignati in citatione ad cōparendum, & reſpondēdum, intra quem reus tenetur illas probare, iuxta text. in l. 1. tit. 5. lib. 4. recopil.* Monterroſo *in practic. notarior. tract. 2.* de la via ordinaria de cauſas ciuiles, *fol. 8. ad finem*, ibi: *Alas de alegar, y prouar dentro de nueue dias, que le fuere notificada la demanda, ſin le dar otro termino, contra el qual no ha lugar la reſtitucion, aunque ſea menor.* Bolaños *in ſua Curia Philipica, 1. part. §. 13.* de las dilatorias, *num. 6.* ibi: *Poniendoſe, y prouandoſe antes de la conteſtacion, y dentro de los nueue dias en que ella ſe puede hazer, y no deſpues.* Y lo miſmo ſe guarda en otras Prouincias, dōde por las leyes, y eſtatutos municipales, eſtà dado termino muy breue para oponer, y prouar las dilatorias, veluti, en el Reyno de Napones, donde la nueua pregmatica del Rey: don Fernando aſsignò tres dias para oponer la excepcion, y cinco ſiguientes, para prouarla, vt per Capiciū, *deciſ. 83. num. 1.* y en Sicilia, donde eſtà ſeñalado termino de cinco dias, vt teſtatur Maranta *in Speculo iudiciorum, 6. part. rubrica de exceptionibus, numer. 16.* ibi: *Hodie tamen in Regno eſt facta prouiſio circa iſtas exceptiones, vt ſi quis opponat eas, ante litem conteſtatam debeat eas liquidare, & probare infra quinque dies, aliàs cenſentur reſeruatæ ad merita cauſa, vt eſt deciſſum per Regiam pragmaticam, quæ incipit comparente.* Y es excelente lugar eſte de Maranta, porque proſigue diziendo, que la palabra, *incontinenti*, con que el derecho comun diſpone la breuedad que ſe ha de guardar en la prouança de las dilatorias, eſtà declarada por las leyes municipales de las Prouincias, vt intelligatur intra quinque, vel octo, vel

nouem

nouem dies, ibi: *Et sic illud verbum incontinenti, quod est de iure cômuni est hodie in Regno declaratum per quinque dies, &c.*

10 ¶ Y asi la excepciõ dilatoria, que dentro del termino legal de los nueue dias, no se hallare prouada, tanquam altiorem indaginem requirens, se ha de reseruar ad merita causæ principalis, vt colligitur ex prædictis Doctoribus, & vltra eos in terminis, tradit Mattheus de Afflictis *lib. 2. constitucion Neapol. rubric. 18. de exception. dilatorijs, nu. 6.* ibi: *Quinto quæro, quid si reus opposuit intra triduum, exceptionem declinatoriam, & ad eã probandam habuit octo dies secundum istam constitutionem, vel secundum dict. pragmaticã Regis Ferdinandi, primi habuit quinque dies, & probauit per scripturas, sed quid si non est facta fides, quod ille est notarius publicus, vel quod scriptura est manuasserentis, quæ omnia negantur per alteram partem: producens dicit, quod vult post terminum ista probare, & impedire litis contestationem, an debeat audiri, vel debet reseruari ad merita. Dico, quod debet reseruari ad merita, quia iste est terminus legalis, & post terminum legalem non licet producere ad declarandum probationes, vt in §. suscepto in Authent. de exhibendis reis, & notatur in cap. quia de excessibus in 6. & Bart. in addition ad speculatorẽ, tit. de sententijs, vers. pone post sententiam opponitur, &c.* Idem etiã tenet Cesar Vsil. ad eũdem Afflict. *decis. 271. num. 3.* ibi: *Quæ tamen Afflict. in constitutione Regni exceptiones, num. 6. in secundo libro limitat non procedere in termino dato à lege, vt quando quis habet tempus octo dierum, secundum illam Regni constitutionem, vel secundũ*

pragmaticam, quinque ad probandum exceptionem dilatoriam, nam si infra illud tempus non probabit, sed tantum scripturam producit, quæ forté indiget probatione, per testes facienda, nō potest testes ipsos examinare ad concomitãtia prædicta, sed debet ad merita reseruari. Idem etiam testatur Horatius Carp. *ad statut. Mediolanens. cap. 23. num. 18.* ibi: *Terminus si fuerit datus ad probandam dilatoriam oppositam si intra dictum terminum, non fuit probatum, sed tantum exhibita scriptura, quæ indiget probatione testium, hi testes non poterunt examinari potest terminum illum, sed exceptio illa reseruatur ad merita causæ, vt notat V sil. ad Afflict. decision. 271. numer. 3. ad finem, &c.* Que son decisiones indiuiduales, y expressas para la determinaciō deste articulo por el S. D. Luys, porque auiendo presentado doña Maria de Tapia para prouar su dilatoria la escritura de la primera transacciō, que por estar deshecha, y anulada por la segunda, presentada por el señor don Luys, tiene necessidad precisa de reforçarla, y ayudarla cō la prouança de testigos, sobre la lesion enormissima, y sobre la fuerça, con que pretende se otorgò la segunda transaccion; no se le deue admitir esta prueua passados los nueue dias del termino legal, y preciso, en que se auia de prouar la excepcion. Y y estas doctrinas corren contra doña Maria, con mayor llaneza, auiendose puesto esta excepcion tãtos meses despues de passados los nueue dias del termino legal, porque todas ellas van con presupuesto, que la excepcion se opuso en tiempo, y la escritura para prouarla, se presentò intra nouem dies: y porque por ella sola no se pudo liquidar la excepciō sin el adiutorio, y suplemento de la prouança, concluyen, que aquella no se deue admitir fuera

fuera del termino legal, sino reseruarse ad merita causæ.

11 ¶ Y con esta misma aduertencia salimos facilmente de la opinion de Capicio, *dict. decis.* 83. *per totam*: donde resuelue, que auiendose puesto la excepcion dilatoria por el reo, y ofrecidose a prouarla, si con la replica, y contradicion del actor se passò el termino legal, sin darle lugar a que hiziesse prouança, se le ha de dar termino, etiam post lapsos quinq; vel octo dies per pragmaticã Regni assignatos: porque aquello se entiende, auiendose opuesto la excepcion en tiempo, y corriendo el impedimento de parte del actor, vt *in dict. decis.* 83. *num.* 3. ibi: *Reus opposuit intra triduum, &c.* Y aqui se opuso la excepcion quatro meses despues de passado el termino legal de los nueue dias: y se entiẽde assimismo, que el termino que se auia de dar para prouar la excepcion, quando se huuiera opuesto en tiempo, no auian de ser los quarenta dias que pide el Abogado contrario en su informaciõ, sino los mismos dias precisos que da la ley, y no mas, *vt ex d. decis.* 83. *nu.* 3. *vers. Sacrum consilium decreuit, n.* 4 *&* 5. *vsque ad finem, decis.*

12 ¶ Lo tercero, consideradas estas dos transacciones, es sin fundamento la lesion enormissima q̃ doña Maria alega, para rescindir la segunda, y sustentar la primera, en que viene a parar la sustancia de la excepcion dilatoria, porque en la primera transaccion se transigieron dos pleytos diferentes, vno sobre la sucession destos mayorazgos, y otro sobre ciertos derechos, que tio, y sobrina tenian deducidos, el vno contra el otro, de ciertas contias de marauedis, y otras pretensiones concernientes a la particion de las herencias de los padres, y abuelos de las partes. En el pleyto de la sucession de los mayorazgos, sobre cuya propiedad tenia puesta demanda el señor don Luys, se conuinieron, en que el señor don Luys se le diessen por

su

ſu vida , quatrocientas y tantas mil marauedis de renta en ciertas deheſas de las del mayorazgo , el qual cedio todo el derecho que tenia à la ſuceſsiõ en ſu ſobrina, y ſe apartò de la demanda, quedando reſeruado el derecho a ſus hijos, y deſcendientes, ſi los tuuieſſe, para que ſucedieſſen en los dichos mayorabgos, en excluſion de la dicha doña Maria. Y por la ſegunda tranſaccion ſe apartaron de la primera llanamente, en quanto a eſte capitulo, boluiendoſe a poner en el primero eſtado ; el ſeñor don Luys con el derecho libre, para poder litigar la ſuceſsion , y doña Maria con el gozo , y poſſeſsion , libre de todas las rentas de los mayorazgos, ſin obligaciõ de dar las quatrocientas mil marauedis de renta a ſu tio: de que reſulta vn dilegma indiſoluble, contra la leſion, que de contrario ſe pretende en la ſegunda tranſaccion , en quanto a eſte capitulo : porque ſi la ſegunda tranſaccion contiene leſion enormiſsima, eſta conſiſte en auer doña Maria relaxado, y remitido a ſu tio la renunciacion que le auia hecho del derecho perſonal q̃ tenia a la ſuceſsiõ de los mayorazgos por las quatrociẽtas mil marauedis de renta de por vida , q̃ el S.D. Luys lleuaua por la primera tranſacciõ: y ſiẽdo eſto aſsi, claramente nos cõfieſſa D. Maria, q̃ de la primera trãſacciõ de q̃ ella ſe vale para impedir el ingreſſo deſte pleyto, contiene la miſma leſion enormiſsima, contra el ſeñor don Luys, que le renuncio ſu derecho , por las miſmas quatrocientas mil marauedis de por vida: y ſi la primera tranſaccion fue ygual para ambas partes, porque las quatrocientas mil marauedis de por vida, fue ſuficiente ſatisfacion, y paga del derecho perſonal , que el ſeñor don Luys tenia a la ſuceſsion deſtos mayorazgos por ſus dias , la miſma ygualdad milita en la ſegunda tranſacion, en que las partes ſe reſtituyeron al eſtado primero ; y aſsi todo lo que doña

Maria

Maria prouare de lefsion contra la tranfacion fegunda, aprouecharà al feñor don Luys contra la primera, no folo para que por dilatoria no le impida el ingreffo del pleyto: pero aun para que in vim peremptoriæ no le prejudique en la jufticia principal, con que efta dilatoria viene a reduzirfe a vna manifiefta calunia; que no folo fe deue referuar ad merita caufæ, pero aun repeler in totum, vt ex doctrina Bald. in *l. 2. §. fed quia, n. 12. C. de iurament. propter calumn.* & aliorum quos allegat, tradit Horat. Carpan. *ad ftatuta Mediolan. cap. 23. n. 99. vol. 1.*

13 ¶ Y fi fe replicare, que la lefsiõ enormifsima en la fegunda tranfacion, no folo refulta de auer doña Maria remitido al feñor don Luys la cefsion y renunciaciõ que le tenia hecha, del derecho perfonal de la fucefsion deftos mayorazgos, fino de auerle remitido otros derechos y pretenfiones. De efta replica fe fale facilmente, aduirtiendo que eftas tranfaciones fe hizieron fobre dos pleytos diferentes, que entre fi no tenian connexidad, ni depẽdencia alguna, el vno fobre la fucefsion de los mayorazgos, el otro fobre ciertas cantidades de marauedis, que doña Maria como heredera de fu padre, pretendia cobrar del feñor don Luys, y otras pretenfiones, con que el feñor don Luys la tenia reconuenida. En el primero pleyto fe conuinierõ, en que el feñor don Luys cedieffe a fu fobrina el derecho perfonal que tenia a la fucefsiõ de los mayorazgos, y ella le dieffe quatrocientas y tantas mil marauedis de renta de por vida. Y en el fegundo pleyto fe conuinieron, en que cada vno remitieffe al otro las pretenfiones que tenian deducidas. Por manera, que en el concierto y compoficion de cada vno de los dos pleytos, procedieron las partes con total independencia y feparacion. Y con la mifma procedieron en la tranfacion fegunda, apartandofe del concierto en quanto al pleyto de la fucefsion de los mayorazgos, y reduziendofe al efta

do

do primero:y en quanto al pleyto ſobre los derechos y pretenſiones de las deudas y de las herēcias de los padres y abuelos, alterando y mudando el concierto de la primera traſacion,en la forma que ſe contiene en la ſegunda eſcritura,*fol.9.& ſequēti.* y aſsi no procede la replica:porque la compoſiciō hecha ſobre las demas pretenſiones, tuuo ſu reſpeto particular a las pretenſiones y derechos que en aquel pleyto auia deduzido el ſeñor don Luys, y no tuuo reſpeto a la renunciacion del derecho de la ſuceſsion,que ſolo ſe hizo por las quatrocientas mil marauedis de por vida. Pero ſuponiendo que aquella renunciacion huuieſſe tenido reſpeto a las demas pretenſiones deduzidas en el otro pleyto, por eſte camino ſe haze mucho mas dificil la pretenſion contraria. Porque para ajuſtar la leſsion enormiſsima ſobre tanta variedad de derechos y pretenſiones de cada vna de las partes,como ſe cōtiene en la ſegunda tranſacion, anſi los que primero eſtauan tranſigidos,como otros que tenia el ſeñor don Luys ſobre las herencias de ſus padres, no comprehendidos en la ſegunda tranſacion,y otros que deſpues ſobreuinieron,de los alimētos de tres años de ſu ſobrina,y yerno,y toda ſu familia, y redenciones de cenſos hechas por el ſeñor don Luys, es impoſsible por ſolas prouanças de teſtigos, ſin que preceda la particion de las herencias de los padres y abuelos de las partes, aun en los quarenta dias de termino que pide el Abogado contrario, y mucho mas impoſsible en los nueue dias del termino legal,quando el negocio tuuiera eſtado para poderſelos dar.

14 ¶ Y ſi en el hecho la dilatoria tiene tāta dificultad, como q̄da aduertido, es mucho mayor la que tiene in puncto iuris. Porque ſupueſto, que el diſtracto de la primera tranſacion no fue por pacto ſimple,ſino por ſegunda tranſacion,cauſada de las dificultades que ſe auian ofrecido en el cumplimiento

miento de la primera, y por escusar los pleytos q̃ sobre ellas se temian; el remedio de la lesion enormissima, si bien en el derecho comun era disputable si se podia, o no admitir contra la transacion, vt colligit ex Mantica de *contractibus, lib. 26. tit. 9. a n. 2. & per totum*, Andr. Fachin. *lib. 2. controuers. 26.* Arias Pinel. in *l. 2. C. de rescind. 1. p. cap. 4. n. 12. & sequent.* ya oy por ley del Reyno, *l. 34. tit. 14. p. 5.* no admite disputa la opinion negatiua en fauor de la transacion, vt ex illo text. obseruat Gregor. *ibidem glos. 2.* quem sequuntur Matienzo in *l. 1. tit. 11. lib. 5. recopil. glos. 8. n. 55.* & in Dialog. Relator. *3. p. cap. 20. n. 10.* optimè Padill. in *d. l. 2. n. 23. C. de rescind.* August. Morla, *in empor. iur. tit. 4. de transaction. q. 2. n. 12. vers. Iure autem Regio.* Y aunque Molina de *primogen. lib. 4. cap. 9. n. 34.* se fue con la distincion ordinaria de los del derecho comun inter enormem, & enormissimam læsionem, el y algunos otros q̃ se han seguido, no responden a la decision expressa de la ley 34. de la partida. Y assi en esta Chancilleria se ha juzgado en muchos pleytos en fauor de la transacion. De que resulta, que siendo esta dilatoria tan intricada, y de tan dificultosa liquidacion, assi en el hecho como en el derecho, no puede impedir el ingresso del pleyto, y necessariamente se ha de reseruar ad merita causæ, tãquam altiorem requirens indaginem, vt ex vulgari, *l. 3. §. ibidẽ ff. ad exhibendum*, obseruat *ibi gloss. verb. obscurior*, quã sequitur Ias. *in §. præterea, n. 58. instit. de action.* Capicius, *decis. 10. n. 19. & 20.* Iacob. Pute. *decis. 233. lib. 3.* Petr. Surd. *cons. 252. n. 10.* & plures alios allegans Marius Giurba, *decis. Sicil. 21. n. 1.*

15 ¶ Y quando esta dilatoria no tuuiera la dificultad que tiene in iure, & in facto, como queda aduertido, la dificultad sola del hecho en ajustar la lesion, fuera bastante para hazerla reseruar ad merita causæ, vt post Socin. & alios tradit Petr. Surd. *cons. 99. n. 10.* Immo, aunque la duda consistiera en

ſi la dilatoria es tal,que requiere altiorem indaginem,o no,baſtara para reſeruarla ad finem litis,vt cum Menoch.de *arbitrar.caſu* 20.*n.* 4.odſeruat Marius Giuiba,*deciſ.* 69.*n.*18.

16 ¶ Y no obſta la dotrina de Molina, *lib.3.cap.* 13.*n.*16. donde reſuelue, que entonces las excepciones requieren altiorem indaginem, quando no ſe pueden prouar, ni liquidar dentro del termino, que por ley eſtà ſeñalado para la prueua en la cauſa principal.De donde infiere el Abogado contrario,que ſu dilatoria no es de las que requieren altiorem indaginem, pudiendoſe prouar (como el ofrece) dentro de quarenta dias que pide de termino,que es menos de los ochẽta dias que la ley permite en la cauſa principal.Reſpondetur etenim.

17 ¶ Que el lugar de Molina ſe trae fuera de propoſito,porque alli no habla de las excepciones dilatorias que ſe oponẽ para impedir el ingreſſo deſte pleyto, ſino de las excepciones peremptorias, opueſtas en la cauſa principal,en los juyzios poſſeſſorios ſumarios, como lo es el de la tenuta de q̃ va tratando,*d.cap.*13.*per totum*, que en los juyzios deſta calidad, ſi la excepcion que ſe opone por el reo es liquida,o tal,que ſepuede prouar y liquidar incontinenti,impide el efeto del remedio poſſeſſorio:pero ſi requiere mayor conocimiento de cauſa del que cabe en el juyzio ſumario,executaſſe el remedio poſſeſſorio intentado, y la excepcion ſe reſerua para el juyzio de la propiedad, ex vulgari *l.3.§.ibidem,ff.ad exhibendũ,l.2.C.de edict. D.Adria. toll.*cum ſimilibus,vt per eundem Molin. *d.cap.*13. *n.*14.*&* 15. & latius poſt plures D.D. Chriſtoph. Paz,de *tenuta,cap.*38.*per tot.*maxime *num.*1.*&* 2.

18 ¶ Y el dezir Molina,*num.*16. luego ſiguiẽte, que entonces ſe dize la excepcion requerir mayor conocimiento,quãdo no ſe puede prouar en el termino ſeñalado para la inſtancia de la cauſa principal,no es dezir que ſe ha deconocer primero de la

excep-

excepcion dilatoria dentro de otro tanto termino, como el que requiere la instancia de la causa principal, que es lo que el Abogado cõtrario pretende inferir desta doctrina, sino que opuesta la excepcion in vim perẽptoriæ, y examinada simul cum causa principali, si dentro del termino breue, y sumario, q̃ se da en los juyzios possessorios, no se prouare, y liquidare, tunc censeatur requirere altiorem indaginem, vt reseruetur ad iudicium proprietatis. Vt clarius obserbauit, idem Molina *dict.lib.3.cap.4.num.44.*ibi: *Videtur autem id incontinenti fieri, si probatum fuerit intra quinquaginta dies, qui ex l.9.tit.7.lib.5.recopilat.assignati sunt ad probandum in dict.remedio possessorio, quod pro adipiscenda actuali possessione bonorum mayoratus, ex præfata, l.9. introductum est.* Que es lo mismo que se practica en las vias executiuas, en que las excepciones prouadas in continenti, hoc est intra summariam illã instantiam decem dierum, qui ex legibus Regijs conceduntur reo ad probandum, impiden el remate, y no prouadas intra terminum instantiæ datum, como excepciones, que requieren mayor conocimiento de causa se reseruan para que en via ordinaria pida el reo lo que le conuenga, y se manda hazer remate, vt resoluit Parladorus *lib.2. rerum quotidianarum, cap.fin.5 part.§.11.num.4.0.* Ceuallos *lib.3.commun.practicar.quæst.762.num.55.& sequentibus.*

19 ¶ Y la materia de nuestro articulo es muy diferente, en que se trata de la excepcion dilatoria que tiene su instancia legal, breue, y sumaria de solos nueue dias prescriptos, y señalados por la ley del Reyno, para proponerla, y para prouarla con expressa prohibicion, que no se de mas termino, v supra numero.

20 ¶ Y por el mismo caso, que la excepcion dilatoria fuesse tal, que para su liquidacion necessitasse de tanto termino, como requiere la causa

principal, se detendria por excepcion de las que son altioris indaginis, vt expressè obseruat Felin. *in dict. cap. exceptionem, 12. num. 24. de exceptionibus*, ibi: *Et illa exceptio dicitur exigere altiorem indaginem, in qua tantum temporis occuparetur, quantum exigeret negocium principale, &c.* De que resulta, que pidiendo el Abogado contrario, quarenta dias determinò para prouar esta dilatoria, expressa, y llanamente reconoce, que no la puede prouar en los nueue dias de la ley, y por necessaria consequencia, que se ha de reseruar ad merita causæ,

21 ¶ Menos obstan los textos, y doctrinas que tan latamente se traen en la informacion contraria, fol. 5. per totam, para prouar, que no puede el señor don Luys boluer a suscitar la acciõ sobre la sucession destos mayorazgos, q̃ quedò extincta por la transaccion, sin que primero en juyzio preuio se litigue sobre el rescindente, en que se vea, y determine sobre el valor de la transaccion, antes de llegar a tratar del juyzio rescissorio en q̃ se disputa de la accion principal, vt ex cap. tum ex litteris de in integ. rest. tradit Abbas, ibi: *n. 19. & ex l. fin. C in qq. caus. in integr. restit. non de necessaria*, tradunt ibi Bart. *num. 5. Bald. nu. 1. & num. 7.* Respondetur & enim.

22 ¶ Que en la question si se puede intentar primero el rescissorio, que el rescindente ay dos opiniones, quas refet Sfortia *de in integrum restitutione, 1 part. quæst. 33. art. 2. per tot.* Vna la negatiua, que queda referida, de que se vale el Abogado contrario; otra, y la mas comun es la afirmatiua seguida de gran numero de Doctores, quos refert, & sequitur idem Sfortia *dict. artic. 2. num. 22. vers. in contrarium, vsq; ad finem articuli*: donde resuelue, que aunque es assi, que la accion rescissoria datiua, que es la que se dà al actor despues de auer obtenido en el juyzio rescindente, no se puede proponer antes: pero la natiua, que es la accion anti-

antigua, que por el obſtaculo de la preſcripcion, o de la tranſacion eſtà eneruada y debilitada, ſe pue de proponer de hecho ſola, antes del remedio reſcindente, y oponiendo el reo de la preſcripcion, o de la tranſacion, puede el actor replicando. cumular el reſcindente per incidentiam, y aſsi ſe conoce de ambos remedios, ſimul en vn miſmo proceſſo, vt obſeruat idem Sforcia: vbi proxime *num. 22. verſ. Ego puto ſic dicendum, per tot. maxime n. 24.* Immò en vn miſmo libelo puede el actor cumular ambos juyzios, el reſcindente y el reſciſſorio, para que ſe trate dellos, y ſe determinem, ſimul en vn miſmo proceſſo ad euitandam circuitum, & ne lites ex litibus oriantur, vt ex innumeris comm niorē, & æquiorem dicens reſoluit Sfortia, *d. q. 3 1. art. 5. n. 38. verſ. Ego putò primam ſententiam.* Y eſta opiniō como mas vtil, y de mayor equidad eſtà recibida por la pratica vniuerſal de todos los Tribunales, vt in Francia teſtatur Guid. PP. *deciſ. 343. in Rott. Rom. Papali in addit. ad nou. deciſ. Rottæ, deciſ. 7. de reſt. in integ* Et in Hiſpan. *Paz in prax 3. to. c. 2. §. 2. de reſc. actio n. 12. fol. mihi 70.* Pichar. *in §. rurſus. 5. nu. 6. inſt. de action.*

23 ¶ Finalmente el exēplar del pleyto de Baylen es en fauor del ſeñor don Luys: porque a la demanda del Conde don Pedro opuſo el Duque de Arcos de la tranſacion que cō el tenia hecha, en que le auia renunciado el derecho de la ſuceſsion por cierta cantidad de dinero que le dio, con pacto de negatæ audiētiæ, niſi prius refuſſa pecunia, de quo per Velaſc. *conſult. 85. tom. 1.* & Caued. *deciſ. 37. 1. p.* y con cien mil ducados de pena por la contrauencion, con la clauſula rato manente pacto, de qua in *l. cum proponas 17. C de tranſaction.* & per Trentacin. *lib. 3. variar. tit. de verb. obligat. reſolut. 2 per tot.* Y en virtud deſtos pactos, con ſola la preſentacion de la eſcritura de tranſaciō ſe declarò, que el Duque no tenia obligacion a reſponder a la demanda, ſin reſeruar

ſeruar

ſeruar el conocimiento ad merita cauſæ, por ſer excepcion liquida, por prouança incontinenti, que ſolo conſiſtia in puncto iuris ad tradita per Menoch. *conſ.* 125.*n.*9. Stepha. Gratian. 4.*p.cap.* 740.*n.*47. Y en eſtos terminos el exemplar es en nueſtro fauor, porque auiendoſe de juzgar el articulo por ſola la prouança inſtrumental de las eſcrituras, por ellas conſta, que la primera tranſacion, en que ſe funda la dilatoria, eſtà anulada y deshecha de conſentimiento de ambas partes, y el ſeñor don Luys con facultad libre para litigar la ſuceſsion deſtos mayorazgos. Y ſiendo neceſſaria la prouança de teſtigos para ſuſtentar la tranſacion, la excepcion viene a ſer altioris indaginis: y por eſto, y por auer ſe opueſto fuera del termino preciſamente reſeruable ad finem litis. Et ita Deo annuente pronuntiandũ ſperamus, Salua grauiſsim. Senatus cenſura

El Doctor de la Gaſca.